

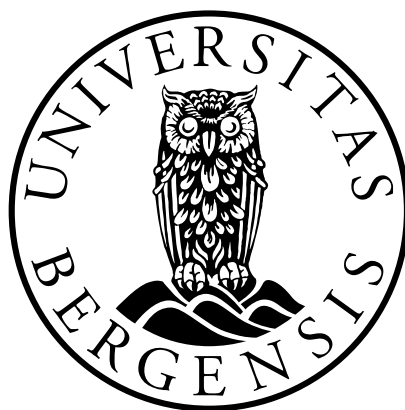
Ytringsfrihet og opphavsrett

På hvilken måte kan opphavsretten begrenses av ytringsfriheten?

Kandidatnummer: 198929

Veileder: Olav Torvund

Antall ord: 11 448



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.6.2014

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema	3
1.2 Problemstilling.....	4
1.3 Metode og rettskilder	5
1.4 Avgrensninger	7
1.5 Videre fremstilling.....	7
2 Ytringsfriheten.....	8
2.1 Ytringsfrihetens rettslige grunnlag	8
2.1.1 Grl. § 100	8
2.1.2 EMK art. 10	8
2.1.3 SP art. 19.....	9
2.2 Ytringsfrihetens hensyn.....	10
2.2.1 Innledning.....	10
2.2.2 Sannhetsargumentet.....	10
2.2.3 Demokratiprinsippet	10
2.2.4 Selvfølgeligelsesargumentet.....	11
3. Opphavsretten.....	12
3.1 Opphavsrettens rettslige grunnlag	12
3.1.1 Åndsverkloven.....	12
3.1.2 Internasjonale forpliktelser	13
3.2 Opphavsrettens hensyn	15
3.2.1 Innledning.....	15
3.2.2 To hensyn – den økonomiske og det ideelle.....	15
4. Mulige konflikter mellom ytringsfriheten og opphavsretten.....	16
4.1 Innledning.....	16
4.2 Begrensinger av opphavsretten etter EMK art. 10 (2).....	16
4.3 Bruk av ikke-publiserte åndsverk i strid med åvl. § 2	17
4.3.1 Innledning.....	17
4.3.2 Fressoz og Roire mot Frankrike	17
4.3.3 Brennpunkt-dommen	18

4.4 Bruk av publiserte verk i strid med åvl.....	20
4.4.1 Innledning.....	20
4.4.2 Rt.2004 s. 1457 Rød Ungdom	20
4.4.3 NJA1998.838 Mein Kampf-dommen	21
4.4.4 De Geïllustreerde Pers N.V mot Nederland	23
4.5 Bruk av andres verk utover sitatregelen i åvl. § 22	24
4.5.1 Innledning.....	24
4.5.2 France 2 mot Frankrike.....	24
4.5.3 Mauseth-dommen	25
4.6 Bruk av andres fotografi uten hjemmel i åvl. § 43a	27
4.6.1 Innledning.....	27
4.6.2 RG-2001-1151	27
4.6.3 LG 2013-16862.....	28
5 Momenter i interesseavveiningen.....	30
5.1 Innledning.....	30
5.2.1 Graden av allmenn interesse.....	30
5.2.2 Hvem er ytreren?	30
5.2.3 Arten og graden av inngrepet mot opphavsmannen	31
5.2.4 Er det kommersielle grunner bak publiseringen?	31
5.2.5 Verkets kunstneriske verdi	31
Litteraturliste	33

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for oppgaven er på hvilken måte ytringsfriheten og opphavsretten kan komme i konflikt med hverandre, og i hvilken grad opphavsretten som enerett kan begrenses på grunn av andres ytringsfrihet. Både ytringsfriheten og opphavsretten verner om viktige rettigheter, der ytringsfriheten gir enhver mulige til å ytre seg fritt på hvilken måte man vil, og anses som grunnleggende i et hvert demokratisk samfunn. Opphavsretten på sin side har som formål å verne om åndsproduksjonen og sikre kunstnerisk utvikling.

Ytringsfrihetens grenser er ikke statiske, noe som fører til at hva som tillates av ytringer stadig endrer seg. Praksis fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) har de siste årene gått i retning et sterkere vern av ytringsfriheten der den kommer i konflikt med andre rettigheter. Spesielt der ytringsfriheten kolliderer med rettigheter som skal ivareta personvernet, herunder ærekrenkende ytringer, har EMD gitt disse rettighetene et svakere vern ved konflikt mot ytringsfriheten.¹ Grunnen til ytringsfrihetens sterke stilling, er at den anses som en forutsetning for en åpen offentlig debatt og et fungerende demokrati. For at dette skal fungere i sin beste form, må man i noen tilfeller godta inngrep i andre rettigheter som isolert sett ikke er akseptert.

Parallelt med ytringsfrihetens utvikling har opphavsrettigheter også fått større fokus både i samfunnet og i det juridiske miljøet. Det kunstneriske miljøet har blitt mer bevisst på sine rettigheter, og har resultert i at det har blitt dannet en rekke organisasjoner som forvalter rettighetene på vegne av opphavsmennene.² Utenfor det tradisjonelle kunstneriske miljøet, har også privatpersoner i langt større grad enn før blitt distributører av åndsverk. Gjennom fildeling, sosiale medier, blogger og andre delingstjenester blir åndsverk spredt i en mye større utstrekning enn tidligere. Dette fører til at opphavsretten får en helt ny betydning for folk flest.³ På den juridiske siden har norsk opphavsrett de siste årene blitt gjenstand for en rekke forpliktelser gjennom EØS-avtalen, som igjen har resultert i mer internasjonale og gjennomregulerte regler.⁴

Samtidig som opphavsretten blir mer regulert og organisert, finner vi stemmer som har tatt til orde for at den har blitt for omfattende. Begrunnelsen er gjerne synspunktet om at utviklingen av opphavsrettens omfang og vernetid virker mot sin hensikt fordi den hindrer kulturell produksjon og innovasjon. Samtidig har blitt at det har blitt anført at opphavsretten har

¹ Se mer under punkt 1.2

² For eksempel GRAMO og Kopinor. Gramo ble stiftet i 1989 og er musikernes, artistenes og plateselskapenes vederlagsbyrå. Kopinor er organisasjonen som forvalter journalistiske og faglige verk som blir gjenstand for kopiering i offentlige og private institusjoner. Kopinor ble stiftet i 1980.

³ For eksempel *Facebook*, *Instagram*, *Snapchat* og såkalt *Peer-to-Peer deling*.

⁴ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 54

mindre resonans i den alminnelige rettsoppfattelse enn tidligere, blant annet på grunn av uklare regler som ikke henger med i den digitale utviklingen.⁵

1.2 Problemstilling

Utviklingen mot et mer omfattende vern av ytringsfriheten kan føre til at det oppstår konflikter i forhold til opphavsretten, som igjen kan føre til at opphavsmannens enerettigheter må begrenses til fordel for samfunnets interesser. EMD-praksis og norsk praksis har de senere årene vist at ytringsfriheten har et vidtrekkende vern i der ytringen angår den offentlige interesse. Et område dette spesielt viser seg på, er ærekrenkende ytringer. Norge ble rundt tusenårsskiftet tre ganger dømt for brudd på den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 10, der alle sakene omhandlet æreskrenkelser.⁶ Den siste av de tre, *Bergens Tidene mot Norge*, kan brukes som illustrasjon på utviklingen av EMDs syn på ytringsfriheten.

Avisen Bergens Tidene (BT) hadde først et oppslag om en kosmetisk kirurg der kirurgen hadde fremhevet positive sider ved skjønnhetsoperasjoner. Oppslaget resulterte i flere henvendelser fra misfornøyde tidligere pasienter, som førte til at BT senere publiserte kritiske artikler om kirurgens virksomhet. Kirurgen saksøkte avisen for ærekrenkelser og vant i Høyesterett. BT klagde saken inn for EMD med påstand om brudd på EMK art. 10.

I sine premisser presiserte EMD innledningsvis at artiklene hadde allmenn interesse fordi de satte lys på forhold av stor verdi for forbrukerne.⁷ Videre uttalte de om pressens ytringsfrihet:

«The Court further recalls the essential function the press fulfils in a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds, particularly as regards the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest. [...] In cases such as the present one, the national margin of appreciation is circumscribed by the interests of a democratic society in enabling the press to exercise its vital role of “public watchdog” by imparting information of serious public concern».⁸

Videre gjentok de en rettssetning fra saken *Bladet Tromsø og Stenaas mot Norge* om at pressens beskyttelse etter EMK art. 10 var betinget av om de hadde fulgt de journalistiske etiske retningslinjene.⁹ Etter en vurdering av om reportasjene var i samsvar med de etiske kriteriene, kom retten til at BT ikke hadde gjort noe ulovlig ved å publisere artiklene, og Norge ble dømt for brudd på art. 10.

⁵⁵ NOU 2013: 2, *Hindre for digital verdiskapning*, avsnitt 4.7

⁶ EMD saksnummer 21980/93 *Bladet Tromsø og Stenaas mot Norge*, saksnummer 23118/93 *Nilsen og Johnsen mot Norge* og saksnummer 26132/95 *Bergens Tidene og andre mot Norge*

⁷ *Bergens Tidene og andre mot Norge* avsnitt 51

⁸ *Op.cit.* avsnitt 49

⁹ *Op.cit.* avsnitt 53

Høyesterett har etter domfellelsene fulgt EMDs syn. I Rt. 2003 s. 1190 gikk en advokat til sak om oppreisning for ærekrenkelser angående hans arbeide i en stiftelse. TV2 hadde gjennom flere reportasjer påstått at han tok ut urettmessige honorarer i forbindelser med stiftelsesarbeidet. Reportasjene ble isolert sett rammet sett ærekrenkelsesbestemmelsene i strl. §§ 246 og 247, men var vernet av ytringsfriheten i EMK art. 10. Retten fremhevet EMDs syn på pressens som «a public watchdog» og la vekt på at de ærekrenkende påstandene fremstod som en formidling av stiftelsens eget inntrykk, der pressens hensikt med publiseringen var å belyse en sak med stor offentlig interesse. I rollen om forvalter av stiftelsen mente retten at advokaten i større grad måtte tåle offentlighetens lys. Selv om påstandene inneholdt enkelte unøyaktigheter, brøt de ikke med de journalistiske etiske retningslinjene og TV2 ble enstemmig frifunnet.¹⁰

Dommene fra EMD og Høyesterett viser at der ytringsfriheten kommer i konflikt med noens omdømme må løsningen bero på en helhetsvurdering av de motstridende interesser. Som utgangspunkt synes det også å være en forutsetning at ærekrenkende ytringer som ellers er ulovlige, må ha allmenn interesse for å være beskyttet av ytringsfriheten.¹¹ Videre kan det se ut som at det er innfortolket en viss margin for vern av ytringsfriheten der ærekrenkelsene inneholder unøyaktige opplysninger og overdrivelser, så lenge det er i samsvar med pressens etiske retningslinjer.

På samme måte som domstolen har vurdert lovligheten av ærekrenkende ytringer i forhold til ytringsfriheten, kan det stilles spørsmål om tankegangen burde være den samme når det kommer til opphavsrett. Mange av de samme hensynene gjør seg gjeldene når konflikten kommer på spissen og det vil være særlig aktuelt å vurdere om en ytring i strid med opphavsretten kan tillates der ytringen har allmenn interesse. På den andre siden verner opphavsretten om både opphavsmannens økonomiske og ideelle interesser. De ideelle interessene skal blant annet verne om opphavsmannens omdømme, og har klart sammenheng med ærekrenkelser.¹²

Hovedhensikten med oppgaven er derfor å belyse et knippe tilfeller der konflikter mellom opphavsretten og ytringsfriheten kan oppstå, og undersøke hvilke momenter man bør legge vekt på for at konfliktene kan løses på best mulig måte.

1.3 Metode og rettskilder

Hverken norsk praksis eller teori er spesielt utfyllende når det kommer til konflikten mellom opphavsrett og ytringsfrihet. Grunnen til den begrensede behandlingen, er trolig at domstolen har løst sakene på andre rettsgrunnlag enn en konkret drøftelse av opphavsretten mot

¹⁰ Rt. 2003 s. 1190 avsnitt 72 flg.

¹¹ Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet*, Oslo 2002 s. 771

¹² Se mer under punkt 3.2.2

ytringsfriheten.¹³ Delvis er nok også grunnen at det generelt er få saker om opphavsrett som kommer inn for de høyeste domstolene.¹⁴

Norske domstoler har aldri behandlet temaet prinsipielt, som fører til at rettstilstanden i norsk rett er uavklart. Oppgaven gir derfor ikke et bilde av gjeldene rett slik det er i dag. Noen underrettsavgjørelser har midlertid behandlet tema noe, men inntil det blir en sak for Høyesterett, gjenstår det å se hvordan løsningen vil bli.¹⁵ Oppgaven vil derfor også behandle avgjørelser som ikke er opphavsrettslige, men hvor lignende konflikter har blitt behandlet, og som kanskje kan gi en pekepinn på hvordan en slik vurderingen vil arte seg.

Siden det norske rettskildematerialet er så begrenset, vil utenlandsk rett og juridisk teori ha større betydning enn normalt. Det finnes noe utenlandsk materiale som kan gi indikasjoner på hvordan Høyesterett vil argumentere ved en eventuell fremtidig domstolsbehandling. I den forbindelse har spesielt nordiske avgjørelser stor betydning for norsk rett. Den norske åndsverkloven er et resultat av et tett nordisk samarbeid, og forarbeider og praksis vil derfor ofte være i samsvar med norsk rett.¹⁶ At svenske rettskilder har rettskildemessig verdi for norsk opphavsrett, er forøvrig uttrykt av Høyesterett.¹⁷

EMD har etter min erfaring bare én gang behandlet konflikten mellom de ytringsfriheten og opphavsretten.¹⁸ Saken gjaldt en gruppe fotografer som på internett hadde publisert en rekke motebilder tatt under moteuken i Paris, uten de nødvendige opphavsrettighetene. Personene ble dømt etter den franske åndsverksloven for brudd på opphavsretten. De klagde dommen inn for EMD blant annet med begrunnelse i deres ytringsfrihet etter EMK art. 10. EMD uttalte for første gang at opphavsretten er en rettighet som kan komme i konflikt med ytringsfriheten i EMK art. 10, og at spørsmålet var om opphavsretten var et lovlig inngrep i ytringsfriheten etter unntaksvilkårene i art. 10 (2). I det konkrete tilfellet kom EMD til at opphavsretten ikke brøt med klagernes ytringsfrihet. Publiseringen av fotografiene var ikke et «pressing social need», men hadde et mer kommersielt formål. Domstolen fremhevet at konvensjonsstatene i det konkrete tilfellet hadde en spesielt vid skjønnsmargin i vurderingen av opphavsretten mot EMK art. 10, på grunn av ytringens kommersielle natur.

¹³ Se for eksempel Rt. 2010 s. 366, der det var spørsmål om NRKs visning av et filmklipp der en kvinnelig skuespiller ble vist naken forfra i en samleiescene var i strid med sitatregelen i åvl. § 22. NRK ble domfelt etter en konkret vurdering av klippet opp mot sitatretten i åvl. § 22. Ytringsfriheten ble vurdert i forhold til sitatregelen, men ikke Grl. § 100 eller EMK art. 10. I tingrettens avgjørelse ble det imidlertid drøftet om ytringsfriheten på selvstendig grunnlag kunne innskrenke ytringsfriheten. Se T-OSLO-2008-108668

¹⁴ Et søk på lovdata viser under ti Høyesterettsavgjørelser som omhandler opphavsrett direkte de siste 10 årene

¹⁵ Eksempel på en underrettsavgjørelser som behandler spørsmålet er RG-2001-1151. Dommen kommer jeg tilbake til under punkt 4.6.2

¹⁶ Rognstad, *op.cit.* s. 41

¹⁷ Se Rt. 1985 s. 883 (side 891)

¹⁸ EMD saksnummer 36769/08, *Ashby Donald og andre mot Frankrike*. Tilgjengelig kun på fransk. Dommen er gjengitt med grunnlag i en engelsk artikkel der dommen blir behandlet. Artikkelen er tilgjengelig på <http://echrblog.blogspot.no/2013/01/copyright-vs-freedom-of-expression.html> (sist besøkt 28.05.2014) Av språklige begrensninger vil jeg ikke analysere dommen nærmere)

Avgjørelsen viser at EMD anerkjenner opphavsretten som et legitimt unntak i ytringsfriheten, men at det skal en del til før EMD anser seg kompetent til å overstyre de nasjonale vurderingene på området.

Også den nå avviklede Menneskerettighetskommisjonen har tidligere behandlet spørsmålet ved et par anledninger. Disse avgjørelsene er imidlertid relativt gamle og har også blitt kritisert i teorien.¹⁹ Avgjørelsene vil jeg komme tilbake til senere i oppgaven.²⁰

1.4 Avgrensninger

Det kan hevdes at ytringsfriheten prinsipielt står i direkte motstrid med opphavsretten siden opphavsretten sørger for at opphavsmannen får enerettigheter på et kunstnerisk uttrykk. Det må derfor understrekes at ytringsfriheten allerede er beskyttet gjennom innskrenkningene man allerede finner i opphavsrettslovgivningen.²¹ Åndsverksloven (åvl.) inneholder en rekke begrensninger som har som formål å sørge for at opphavsretten ikke blir for omfattende, og som gir andre rett til å bruke åndsverket innenfor lovens grenser.

De lovbestemte begrensningene finnes hovedsakelig i åvl. Kapittel 2. Spørsmålet om ytringsfrihet og opphavsretten er derfor mest sentral i de tilfeller der bruken av åndsverket går utover de lovlige unntaksreglene eller *ikke* er omfattet av en slik unntaksregel.

Videre velger jeg å avgrense oppgaven til ikke å behandle de ansvarsgrunnlag og sanksjoner en eventuell bruk som ikke kan begrunnes i ytringsfriheten bygger på.

1.5 Videre fremstilling

Oppgaven videre deles inn i tre hoveddeler. Første del (punkt 2 og 3) vil være en gjennomgang av ytringsfrihetens og opphavsrettens rettslige grunnlag og innhold, samt de hensyn som begrunner disse.

I den andre delen (punkt 4) vil jeg gjennomgå praksis som kan belyse noen av de konfliktene man kan stå ovenfor, og se på hvilke vurderinger domstolen har gjort for å løse konflikten. I gjennomgangen har jeg tatt utgangspunkt i fire tilfeller: Ulovlig bruk av *upubliserte* verk etter åvl. § 2 (punkt 4.3), ulovlig bruk av *publiserte* verk etter åvl. § 2 (punkt 4.4), bruk utover sitatregelen i åvl. § 22 (punkt 4.5) og ulovlig bruk av fotografi etter åvl. § 45c (punkt 4.6).

Siste del (punkt 5) er en oppsummering av de momentene jeg mener bør inngå i en vurdering ved en konflikt mellom ytringsfriheten og opphavsretten.

¹⁹ Blant andre P. Bernt Hugenholtz, *Copyright and freedom of expression in Europe*, Amsterdam 2000

²⁰ Se punkt 4.4.4 og 4.5.2

²¹ NOU 1999: 27, "Ytringsfrihed bør finde Sted" Forslag til ny Grunnlov § 100, avsnitt 6.2.3.4

2 Ytringsfriheten

2.1 Ytringsfrihetens rettslige grunnlag

2.1.1 Grl. § 100

Ytringsfriheten har hjemmel i Grunnlovens (Grl.) § 100, og har med dette det høyeste nivået en rettskilde kan ha i norsk rett. Første ledd lyder: «Ytringsfrihet bør finne sted», og er en prinsippbestemmelse som angir et svært vidt vern for ytringsfriheten.

Ytringsfriheten er imidlertid ikke absolutt, uten rom for begrensinger. Vilåårene for å begrense ytringsfriheten fremgår av andre ledd. Bestemmelsen lyder:

«Ingen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap med mindre det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Det rettslige ansvar bør være foreskrevet i lov».

Bestemmelsen gir altså adgang til unntak fra ytringsfriheten der det kan forsvares mot ytringsfrihetens begrunnelse, og har hjemmel i lov.

2.1.2 EMK art. 10

Sammen med Grl. § 100, har ytringsfriheten også hjemmel i norsk rett etter EMK art. 10. EMK er i sin helhet gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven (mnskrl.) av 1999. Selv om ikke EMK art. 10 har Grunnlovs rang, har Høyesteretts konstatert at EMK art. 10 er relevant ved tolkingen av Grl. § 100.²² Av den grunn vil avgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD) ha relevans for norsk rett.

Fordi det er lite norsk praksis som berører problemstillingen til oppgaven, vil EMD-praksis og andre lands praksis ha stor betydning ved tolkingen av norsk rett. I oppgaven vil jeg derfor knytte min vurdering opp mot ordlyden i EMK.

I EMK art.10 (1) er ytringsfriheten formulert på følgende måte:

«Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers».

I ordlyden til EMK art. 10 ligger tre rettigheter innbakt i ytringsfriheten; retten til å *mene* (meningsfriheten), retten til å *meddele* ytringer (meddelelsesfriheten) og retten til å *motta*

²² Se blant annet uttalelsene i Rt. 1997 s. 1821, (Kjuus-kjennelsen) (s. 1829)

ytringer (informasjonsfriheten). Også retten til å forholde seg taus kan innfortolkes i EMK art. 10 i visse tilfeller.²³ Retten til å forholde seg taus har imidlertid ikke betydning i oppgavens sammenheng, og vil ikke bli behandlet i det videre.

På samme måte som Grl. § 100, er det etter EMK art. 10 (2) adgang til å begrense ytringsfriheten på nærmere vilkår. Bestemmelsen lyder:

«No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others».

Som bestemmelsen er formulert er det tre vilkår som må være oppfylt for at ytringsfriheten kan begrenses. For det første må inngrepet være «prescribed by law». Lovskravet stiller visse kvalitative krav inngrepets hjemmel, og krever at loven er så klar at forutberegnelighetshensynet er ivaretatt.²⁴ Videre må inngrepet være «necessary in a democratic society». Formuleringen inneholder to krav; formålskravet og nødvendighetskravet. Formålskravet går ut på at inngrepet i ytringsfriheten må ha et legitimt formål. Nødvendighetskravet er en rettslig standard som går ut på å vurdere de hensyn som begrunner inngrepet mot konsekvensene inngrepet får for ytringsfriheten.²⁵ EMD-praksis har tolket nødvendighetsvilkåret i EMK art. 10 til at det må foreligge «a pressing social need» for inngrepet.²⁶ I dette ligger det at inngrepet må vurderes etter en konkret helhetsvurdering av de motstridende interessene.

2.1.3 SP art. 19

Ytringsfriheten er videre vernet i FNs konvensjon om sosiale og sivile rettigheter (SP) art. 19, og har som formål å sikre minimumsbeskyttelse av ytringsfriheten globalt. SP er gjort til norsk lov gjennom mnskrl. § 2, men konvensjonens betydning er begrenset for norsk retts vedkommende. Grunnen til dette er at håndhevelsessystemet er dårligere utviklet enn EMKs, og at praksis tilknyttet EMK art. 10 er mer langt mer omfattende enn til SP art. 19.²⁷ Beskyttelsen i SP art. 19 gir dessuten ikke videre vern enn Grl. § 100 og EMK art. 10. Av den grunn vil jeg ikke benytte SP art. 19 videre i oppgaven.

²³ Eggen, *op.cit.* s. 164

²⁴ For eksempel EMD saksnummer 6538/74, *Sunday Times mot Storbritannia*

²⁵ *Op.cit.* s. 216

²⁶ Se for eksempel

²⁷ Eggen, *op.cit.* s. 24

2.2 Ytringsfrihetens hensyn

2.2.1 Innledning

Ytringsfriheten er en konstitusjonell rettighet i Norge, og er en forutsetning for vårt moderne samfunn. Hensynene bak bestemmelsen fremkommer direkte i ordlyden Grl. § 100, andre ledd der det fremgår at innskrenkninger i ytringsfriheten bare er tillatt der det «lar seg forsvare holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse».

Kjernen av ytringsfriheten deles inn i tre hovedbegrunnelser: at ytringsfrihet er nødvendig for at sannheten skal komme frem (sannhetsargumentet), at ytringsfrihet er nødvendig for demokratiets funksjon (demokratibegrunnelsen), samt at ytringsfriheten gir enkeltpersoner mulighet til modning og personlighetsutvikling (selvutfoldelsesargumentet).²⁸

2.2.2 Sannhetsargumentet

Sannhetsargumentet bygger på en tankegang om at jo flere argumenter og innvendinger en person får tilgang på, jo større sjanse er det for at han vil foreta rasjonelle og veloverveide valg. Forarbeidene til Grl. § 100 utdyper på følgende måte:

«Vi mennesker er feilbarlige, men ved å undersøke sakene og ved å høre på hverandre kan vi lære mer og se tingene på andre måter, slik at vi får bedre funderte oppfatninger. Som feilbarlige trenger vi felles fornuftsbruk. Vi legger merke til at «sannhet» her ikke innebærer noen forestilling om perfekt innsikt uavhengig av personlige begrensninger, irrasjonalitet eller maktforhold. Det innebærer er en forestilling om at vi ved å høre på motargumenter kan minske innflytelsen av slike begrensninger, av irrasjonalitet og maktspill, og derved nå *bedre innsikt*. Det betyr at ytringsfrihet er nødvendig for at motargumentene skal kunne komme til orde, og uten at vi kjenner motargumentene, kan vi ikke vite om vi har rett».²⁹

Sannhetsargumentet kommer i konflikt med opphavsmannens eneretter i de tilfeller der opphavsmannen ikke ønsker at hans verk skal benyttes. I noen tilfeller kan åndsverket inneholde viktige opplysninger for samfunnet, og opphavsretten kan derfor hindre at sannheten kommer frem.

2.2.3 Demokratiprinsippet

Demokratibegrunnelsens ene side bygger på at ytringsfrihet er en forutsetning for et fungerende demokrati. Demokratiet er avhengig av at folket som velgere får den kunnskap som trengs for å foreta rasjonelle og opplyste politiske valg. Viktige verktøy i denne

²⁸ *Op.cit.* s. 35

²⁹ NOU 1999: 27 punkt 2.2.1

prosessen er åpenhet og gjennomsiktighet i politiske organer og deres prosesser. Dette sikrer tillit til systemet og gir makten til folket i stedet for lukkede sammenslutninger hvor bare noen få får innpass.³⁰

En annen side av demokratiprinsippet er mediernes kontrollfunksjon av maktapparatet, som har som formål å verne folket mot maktovergrep. I Ytringsfrihetskommisjonens utredning nevnes pressens stilling som folkets «voktere» av maktutøvelsen. Muligheten til å drive med kritisk journalistikk er avgjørende for at individet skal ha mulighet til å verne seg mot maktmisbruk. Redselen for å komme i medias søkelys når kritikkverdige forhold avsløres, er mer avskrekkende på grunn av den offentlige stigma som følger, enn rettslige sanksjoner.³¹

Demokratiprinsippet har stor betydning i spørsmålet om opphavsretten kan innskrenkes. Ofte fremlegger pressen dokumenter eller annet bevis når de vil sette søkelys på noe. Verdien av den kritiske journalistikken er ofte betinget av hvor god dokumentasjon som fremlegges. I dette arbeidet hender det at journalisten bryter med opphavsretten ved å publisere dokumentasjon, enten fordi opphavsmannen ikke *samtykker* til at dokumentet publisert eller fordi han ikke *vet* at dokumentet blir publisert.

2.2.4 Selvutfoldelsesargumentet

Det siste hensynet som begrunner ytringsfriheten omhandler menneskets rett til å få utfolde seg på fritt grunnlag for å sikre individets rasjonelle utvikling.³² En slik utvikling kan bare skje gjennom meningsutveksling og kommunikasjon, og er derfor svært viktig også for hele samfunnets utvikling. Selvutfoldelsesargumentet har derfor sammenheng med sannhetsprinsippet, i og med at forutsetningen for at rasjonelle beslutninger kan bli fattet, er konstruktiv debatt.³³

Ytringsfrihetskommisjonen omtaler dette hensynet under «autonomiprinsippet». Synspunktet er at ytringsfriheten er en forutsetning for individets selvbestemmelsesrett. I utgangspunktet er at alle mennesker er født med ukrenkelige rettigheter som bare kan begrenses med begrunnelse i andres tilsvarende rettigheter.³⁴

Dette hensynet interessant i opphavsrettslig sammenheng fordi opphavsrettens natur er å innskrenke andres mulighet til å benytte seg fritt av en opphavsmanns åndsverk. På denne måten begrenser opphavsretten andre individers ytringsfrihet, ved å begrense andres rett til å utfolde seg kunstnerisk.

³⁰ NOU 1999: 27, punkt 2.2.3

³¹ *Op.cit.*

³² Eggen, *op.cit.* s. 80

³³ *Op.cit.* s. 81

³⁴ NOU 1999: 27, punkt 2.2.2

3. Opphavsretten

3.1 Opphavsrettens rettslige grunnlag

3.1.1 Åndsverkloven

Opphavsretten er i norsk rett hjemlet i åndsverksloven av 1961. Det er *åndsverket* som er opphavsrettslig vernet. Uttrykket *åndsverk* er et rettslig begrep som knytter seg til et kunstnerisk uttrykk, uavhengig av form og medium.³⁵ Det er imidlertid ikke noe krav at åndsverket er *ytre* fiksert på noen måte, men rekkevidden av opphavsretten må avgrenses mot rene idéer. Avgrensingen foretas etter nærmere rettslige kriterier.

Utgangspunktet for vurderingen er åvl. § 2 som angir rekkevidden til opphavsmannens rettigheter. Terskelen for hva som er et åndsverk har i norsk rett blitt betegnet som kravet til verkshøyde. Etter rettspraksis har det nærmere verkshøydekravet blitt formulert som et krav til at det må være en individuell skapende åndsinnsett, som fremstår som noe originalt.³⁶ Opphavsretten oppstår i kraft av seg selv, og rekkevidden blir regulert av åndsverkslovens bestemmelser.

Det er imidlertid viktig å understreke at det kun er *uttrykket* eller *formen* av åndsverket som er opphavsrettslig vernet. Man kan ikke få opphavsrett for idéer, meninger, tanker eller ren kunnskap. Begrunnelsen er at dette anses som en del av det «åndelige felleseie» som alle skal kunne benytte seg av.³⁷ Det er med andre ord selvsagt lov å la seg inspirere av andres åndsverk så lenge det nye verket ikke er for likt originalen. Prinsippet om kunstnerisk frihet fremgår også direkte av åvl. § 4, første punktum hvor det heter at «opphavsmannen kan ikke sette seg imot at andre benytter hans åndsverk på en slik måte at nytt og selvstendige verk oppstår».

Grensedragningen for hva som er ulovlig utnyttelse av et åndsverk, vil derfor gå mellom rekkevidden av vernet til det originale verket på den ene siden mot av andres rett på kunstnerisk frihet på den andre siden. Denne grensedragningen må trekkes etter en konkret helhetsvurdering.³⁸

Det kan anføres at selvutfoldelsesargumentet i ytringsfriheten ikke ivaretas godt nok når den kunstneriske friheten til en som produserer en lovlig bearbeidelse av et verk, begrenses av vernet til originalverkets rekkevidde. Hvis vernet til det originale verket blir for vidtrekkende, vil dette ha konsekvenser for andres kunstneriske ytringer. Koktvedgaards beskrivelse av grensedragningen fremhever imidlertid et viktig poeng.

³⁵ Åvl. § 1 inneholder en ikke uttømmende liste av måter åndsverket kan materialisere seg på

³⁶ Se for eksempel Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen) (avsnitt 43)

³⁷ Rognstad, *op.cit.* s. 89

³⁸ *Op.cit.* s. 136

«I juridisk henseende drejer det sig om at udmåle et sådant beskyttelsesomfang, at det ophavsretlige retsværn, bliver effektivt *uden dog at hindre andres rimelige krav på udfoldelse [...]*»³⁹(min kursivering)

Beskyttelsesomfanget burde etter denne formuleringen ikke hindre andres kunstneriske frihet på en urimelig måte. Så lenge dette skjer, vil ytringsfriheten være godt ivaretatt. Av det som er sagt om opphavsrettens grenser, er det klart at konflikter mot ytringsfriheten kun vil være relevant der noen bruker det *konkrete åndsverket* og begrunner det med ytringsfrihet. Der noen *refererer eller bearbeider* et åndsverk er vil ikke spørsmålet komme på spissen.

3.1.2 Internasjonale forpliktelser

3.1.2.1 Bern-konvensjonen

Norge er bundet av Bern-konvensjonen (BK) som er det rettslige grunnlaget for den internasjonale reguleringen av opphavsretten. Konvensjonen stiller visse minimumskrav til de forpliktete lands åndsverkslover. Vernet etter konvensjonen skal sørge for at den nasjonale lovgivningen forpliktes til å gi nasjonal behandling om formfrihet og om minstekrav til beskyttelsens innhold.⁴⁰ Som normalt der man skal balansere nasjonal rett mot internasjonale konvensjoner, er det behov for unntaksregler fra konvensjonen. I BK er adgangen til å innskrenke opphavsmannens enerett regulert i den såkalte «tretrinns testen» i BK art. 9 (2).⁴¹ Ytringsfriheten er en rettighet som utvilsomt fører til inngrep i opphavsretten. Det kan derfor stilles spørsmål om ytringsfriheten på sin side oppfyller tretrinns testen i BK art. 9 (2).

Bern-traktaten art. 9 (2) lyder:

«It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author».

Tretrinns testen krever for det første at nasjonal lovgivning bare kan tillate opphavsrettslig inngrep «in certain special cases». Ordlyden krever med andre ord at bruken er vel begrunnet. Det er nok ikke tvil om at hensynet til ytringsfriheten er et vel begrunnet unntak.

For det andre må ikke bruken være i «conflict with a normal exploitation of the work». Bruken av verket må med andre ord ligge innenfor det man kan kalle god skikk. Her må det ha betydning om ytringen ligger i kjerneområdet til ytringsfrihetens begrunnelse eller om ytringen er illojal ovenfor opphavsretten. En slik avveining må bero på det konkrete forhold man står overfor, og kan derfor ikke besvares generelt.

³⁹ *Op.cit.* s. 136 med videre henvisninger

⁴⁰ *Op.cit.* s. 46

⁴¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-05), *Om endringer i åndsverkloven m.m.*, avsnitt 3.4.1.2

For det tredje må ikke bruk av et åndsverk med begrunnelse i ytringsfriheten «unreasonably prejustice the legitimate interests of the author». Bruken må altså begrenses så den ikke går på bekostning av opphavsmannens legitime interesser. Det kan hevdes at det er en forskjell der ytringen innskrenker opphavsmannens økonomiske interesser og der de ideelle interessene til opphavsmannen berøres, hvis man følger det endrede synet ovenfor ærekrenkelser. Men også en slik argumentasjon kan vanskelig begrunnes generelt og må derfor vurderes i den konkrete sak.

Gjennomgangen viser at spørsmålet om ytringsfriheten oppfyller tretrinns testen må vurderes konkret. Momentene som går igjen kan imidlertid minne om inngrepsvurderingen i EMK art. 10 (2), der inngrepet i ytringsfriheten må være *necessary in a democratic society*. Av retts tekniske hensyn og rimelighetshensyn er det derfor gode grunner som taler for at de to vurderingene er i samsvar med hverandre. En tilfelle der EMK art 10 (2) slår igjennom, vil derfor antakelig være i samsvar med Bern-konvensjonen.

3.1.2.2 FNs verdenserklæring og ØSK

I FNs verdenserklæring art. 27.2 gis det vern av immaterielle interesser. FNs verdenserklæring er ikke en juridisk bindende konvensjon, men må heller ses på som en programerklæring.⁴² Verdenserklæringen har imidlertid vært modell for andre menneskerettighetskonvensjoner, deriblant FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), som Norge er rettslig bundet av gjennom mnskrl. § 2 nr. 2. I konvensjonens artikkel 15 (1) c) anerkjennes retten til enhver «å nyte godt av beskyttelsen av de åndelige og materielle interesser som har sitt utspring i en vitenskapelig, litterær eller økonomisk produksjon som han er opphavsmann til».

3.1.2.3 EU-direktiver

Andre viktige rettskilder i norsk opphavsrett er EU-direktivene. En rekke direktiver har blitt gjennomført og innlemmet i EØS-samarbeidet. Et av de viktigste direktivene vi forpliktet oss til å følge det såkalte InfoSoc-direktivet, som regulerer en rekke opphavsrettslige forhold.⁴³ Direktivene hadde som målsetning å harmonisere de opphavsrettslige reglene i Europa, for å sikre det indre marked.⁴⁴ Disse direktivene har ført til at opphavsretten har blitt mer gjennomregulert og at det økonomiske hensynet har blitt mer fremtredende.

⁴² David Francis Lublin og Peter Kaas, *Ophavsrettens demokratiske paradoks*, København 2009, s. 48 med videre henvisninger

⁴³ Direktiv 2001/29/EC (*opphavsrett i informasjonssamfunnet*)

⁴⁴ Rognstad, *op.cit.* s. 54

3.2 Opphavsrettens hensyn

3.2.1 Innledning

Opphavsrettens begrunnelse har historisk blitt inndelt etter to forskjellige perspektiver; den anglo-amerikanske rettstradisjonen og den kontinentale rettstradisjonen. De to tradisjonene bygger på ulike hensyn, som resulterer i at den rettslige relevansen på tvers av rettstradisjonene er begrenset.

I den anglo-amerikanske rettstradisjonen bygger opphavsretten på et utilitaristisk nyttesynspunkt og har hovedsakelig et økonomisk perspektiv. Tanken er at de økonomiske enerettighetene skal motivere folk til å produsere åndsverk på kort sikt, som på lang sikt gir samfunnet økt kulturell tilgang og kunnskap.⁴⁵ Avgrensingen av opphavsretten gjøres etter en såkalt «fair use»-reservasjon.⁴⁶ Det amerikanske rettssystemet bygger på den anglo-amerikanske rettstradisjonen. Av den grunn gir amerikansk rett lite rettskildemessig vekt ovenfor norsk rett. Den kontinentale rettstradisjonen og har sin forankring i *droit d'auteur* (den åndelige eiendomsretten) som er basert på naturretten. De fleste europeiske land følger denne rettstradisjonen, inkludert den nordiske.

3.2.2 To hensyn – den økonomiske og det ideelle

Hensynet til den åndelig eiendomsrett er godt forankret i norsk opphavsrett, og er spesielt viktig i relasjon til de ideelle rettighetene i åvl. § 3. Bestemmelsen inneholder blant annet retten til å bli navngitt og forbudet mot å krenke originalverkets anseelse og egenart ved lovlig bearbeidelse. Den ideelle siden av opphavsretten verner med andre ord opphavsmannens personvern og omdømme, og kan først og fremst begrunnes i rimelighet- og rettferdighetstanker. Videre bygger norsk opphavsrett *også* på en idé om å skape kulturell produksjon gjennom å sikre opphavsmennene de økonomiske fordeler ham måtte få av distribusjonen av åndsverket. Uten økonomiske incentiver som vil motivere kunstneren, er det stor sannsynlighet for at åndsproduksjonen stagnerer. Av den grunn har norsk opphavsrett både en økonomisk og en ideell side.⁴⁷

Utviklingen i norsk opphavsrett er imidlertid ført til en dreining mot det økonomiske hensynet som det viktigste. Det er grunnleggende nødvendig å sikre opphavsmannen økonomisk for å sørge for kunstnerisk initiativ og utvikling.⁴⁸ Også industrien som distribuerer og markedsfører åndsverk er avhengig av at de økonomiske rettighetene til opphavsmannen blir sikret. Den økte graden av EU-reguleringer på området har dessuten gitt opphavsretten et mer økonomisk perspektiv. Det økonomiske hensynet er derfor en forutsetning for norsk opphavsrett i dag.

⁴⁵ Lublin/Kaas, *op.cit.* s. 23 flg.

⁴⁶ Fire grunnleggende kriterier må være oppfylt sammen med en konkret vurdering, *op.cit.* s. 42 flg.

⁴⁷ Rognstad, *op.cit.* s. 31-32

⁴⁸ *Op.cit.* s. 32 med videre henvisninger.

4. Mulige konflikter mellom ytringsfriheten og opphavsretten

4.1 Innledning

Ytringsfrihetens motsetningsforhold til opphavsretten ble behandlet i motivene til den nye Grl. § 100. Ytringsfrihetskommisjonen nevner her at konflikter mellom ytringsfrihet og opphavsrett særlig kan oppstå der opphavsmannen av ulike grunner ikke ønsker å publisere sine meninger eller ytringer, men der andre mener at disse ytringene har allmenn interesse. Også der noen vil publisere et ikke offentliggjort åndsverk som opphavsmannen ikke vil ha ut, men som kan dokumentere noe i en offentlig debatt, vil det være en konflikt mellom de to rettighetene.⁴⁹ Videre uttalte ytringsfrihetskommisjonen:

«Det er ingen entydig tradisjon i norsk rett for å oppfatte ytringsfriheten som en legitim begrensning i opphavsretten. Generelt synes forholdet til ytringsfrihet å være utelatt i teoretiske framstillinger av norsk opphavsrett. Vi antar derfor at vårt forslag til ny Grunnlov § 100 - som i konkrete saker kan føre til at opphavsrettens rekkevidde vil måtte avgrenses av hensyn til *lex superior*-prinsippet - gir en viss endring i rettstilstanden.⁵⁰

Ytringsfrihetskommisjonens uttalelser viser at det *er* tilfeller der begrensninger i opphavsretten kan skje for at ytringsfriheten skal bli ivaretatt. Mulige løsninger på slike konflikter ble imidlertid ikke diskutert. Hvordan man vil tilnærme seg et slik konflikt må dermed bero på en nærmere vurdering av det konkrete tilfellet.

4.2 Begrensninger av opphavsretten etter EMK art. 10 (2)

Opphavsretten kan bare begrenses hvis det kan hjemles i EMK art. 10 (2).

Både lovkravet og formålskravet er klart oppfylt i norsk rett. Som i *Ashley Donald og andre mot Frankrike* knytter vurderingen seg først og fremst til om inngrepet er «necessary in a democratic society» og «a pressing social need» etter en konkret helhetsvurderingen av de motstridende interessene. For opphavsrettens vedkommende blir nødvendighetskravet derfor et spørsmål om opphavsmanns økonomiske og ideelle enerettigheter står seg opp mot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse.

⁴⁹ NOU 1999:27 avsnitt 6.2.4.3
⁵⁰ *Op.cit*

4.3 Bruk av ikke-publiserte åndsverk i strid med åvl. § 2

4.3.1 Innledning

Etter Åvl. § 2 har opphavsmannen enerett på å «gjøre [verket] tilgjengelig for allmennheten». Ordlyden «tilgjengelig» tilsier at tilgangen på verket er for alle. I forarbeidene til åvl. vises det til Knophs uttalelse om at eneretten til offentliggjøring omfatter «en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon eller videre gjengivelse gjennom høyttaler».⁵¹ Det er med andre ord opphavsmannen som har enerett til å bestemme når og på hvilken måte åndsverket skal offentliggjøres.

Imidlertid kan det forekomme at andre ønsker å publisere åndsverket uten at opphavsmannen ønsker verket offentliggjort. Særlig kommer dette på spissen der det er snakk om å publisere åndsverket som dokumentasjon på noe i forbindelse med kritisk journalistikk. Journalisten har for eksempel kanskje fått tilgang på hemmelige dokumenter, som ikke er offentlige dokumenter etter åvl. § 9, og som avdekker kritikkverdige forhold i en sak.

Det foreligger ingen nordiske avgjørelser som behandler temaet, og EMD har heller ikke behandlet spørsmålet direkte. EMD-dommen *Fressoz og Roire mot Frankrike*, som omhandlet journalisters rett til å publisere private opplysninger, har imidlertid relevante poenger. Det samme gjelder den norske *Brennpunkt-dommen*, som omhandlet journalisters kildevern.

4.3.2 Fressoz og Roire mot Frankrike⁵²

I saken hadde en satirisk avis publisert selvangivelsen til direktøren i Peugeot i forbindelse med en artikkel om lønnsøkning hos ledelsen mens selskapet slet økonomisk. Journalistene ble dømt for brudd på taushetsplikten og for heleri, men anket saken til EMD med begrunnelse i at dommen krenket deres ytringsfrihet og derfor stred mot EMK art. 10.

EMD konstaterte at den aktuelle dommen førte til et inngrep i ytringsfriheten og dermed art 10. Vurderingen knyttet seg til om inngrepet var «necessary in a democratic society».

EMD fastla først de hensynene som hadde relevans for interesseavveiningen. På den ene siden stod det grunnleggende prinsippet om ytringsfrihet, herunder pressefrihet. På den andre siden stod inngrepet ovenfor journalistene, i dette tilfellet domfellelse for heleri og brudd på taushetsplikten.

Spørsmålet knyttet seg deretter til om inngrepet var gjenstand for et «pressing social need». EMD uttalte om ytringsfriheten i forhold til pressefriheten:

⁵¹ Ot.prp.nr. 26 (1959-1960), *Om lov om opphavsrett til åndsverk*, side 17.

⁵² EMD dom nr. 29183/95

«In cases, such as the present one, concerning the press, the national margin of appreciation is circumscribed by the interest of democratic society in ensuring and maintaining a free press. Similarly, that interest will weigh heavily in the balance in determining, as must be done under paragraph 2 of Article 10, whether the restriction was proportionate to the legitimate aim pursued».⁵³

Under subsumsjonen kom domstolen til at dommen mot journalistene brøt med Art. 10 (2). Begrunnelsen var for det første at publiseringen av selvangivelsen hadde allmenn interesse i forbindelse med fokuset på Peugeot's dårlige økonomi. Videre var det uproporsjonalt å dømme journalistene for brudd på taushetsplikten siden selvangivelsen allerede var tilgjengelige for et stort antall mennesker og at slike dokumenter ofte ble publisert i økonomiske tidsskrifter. Sett i lys av uttalelsene om pressens sterke ytringsfrihetsvern, var det ikke forholdsmessig å dømme journalistene.

Som saken illustrerer, har pressens ytringsfrihet sterk anerkjennelse i EMD. Til tross for at journalistene brøt fransk straffelov ved å publisere selvangivelsen, var behovet for opplysning i samfunnet så tungtveiende at det ble ansett som brudd på menneskerettighetene å dømme dem for handlingen.

En slik argumentasjon har overføringsverdi til opphavsretten. Ytringen omfattet informasjon som angikk allmennheten og omhandlet et foretak med viktig samfunnsbetydning. Samfunnets behov for sannhet og informasjon veide derfor tungt. Selvangivelsen fungerte som dokumentasjon på firmaets lønnspolitikk i ledelsen, og var viktig for pressens troverdighet. Slike dokumenter har ingen selvstendig økonomisk verdi, og ulovlig bruk vil sjelden føre til økonomisk tap for rettighetshaveren. Selv om dokumentet inneholdt en del opplysninger av privat karakter, var ikke publiseringen spesielt krenkende. Spesielt i lys av hans samfunnsposisjon, måtte han tåle mer enn andre. Det er derfor gode grunner som tilsier at EMD ville lagt vekt på de samme argumentene ved en konflikt mellom ytringsfriheten og opphavsretten.

4.3.3 Brennpunkt-dommen⁵⁴

Saken gjaldt om det kunne nedlegges midlertidig forføyning for å hindre at NRK-programmet Brennpunkt fikk publisert hemmelige opplysninger om politiets etterforskningsmetoder. Opplysningene kom fra en NRK-journalists kilde, men kilden visste ikke at materialet skulle brukes i et kritisk program om politiets etterforskningsmetoder. Kilden gikk til sak for å hindre kringkasting av programmet fordi han fryktet for represalier fra det kriminelle miljøet på grunn av hans kildelekking til media. Spørsmålet var derfor om hensynet til kildens liv og helse veide tyngre enn ytringsfriheten.

I forhold til pressens ytringsfrihet fremhevet Høyesterett:

⁵³ Dommens avsnitt 45 iii
⁵⁴ Rt. 2007 s. 404

«Inngrepet retter seg mot NRKs rett til å sende TV-programmer og hver enkeltes rett til å motta den informasjon programmet inneholdt. Det griper direkte inn i kjernen av ytringsfriheten ved at meningsutveksling og individets frie meningsdannelse om politiets metoder for etterforskning ikke får nytte av informasjonen i programmet. Dette er en forhåndssensur som etter fjerde ledd i utgangspunktet ikke er tillatt, og hvor hensynet til ytringsfrihet står særlig sterkt».⁵⁵

Høyesteretts fremholdt videre i sin vurdering:

«Den konkrete avveining mellom inngrepets formål og den skade og forstyrrelse inngrepet kan påføre ytringsfriheten, er i dette tilfellet vanskelig. Forhåndsinngrep i nyhetsmedias sannhetssøken og formidling av informasjon, ideer og budskap retter seg direkte mot grunnlaget for ytringsfrihet i Norge og andre demokratier. Slike inngrep vil i vesentlig grad forstyrre det demokratiske ordskifte og individets frie meningsdannelse. Formålet med og nødvendigheten av inngrepet må holdes opp mot de universelle prosesser ytringsfriheten skal verne. [...] I slike tilfeller må samfunnet håndtere faren for skade på liv og helse på annen måte enn å forby NRK å sende TV-programmet. Den adekvate og nærliggende reaksjon for A ville vært å henvende seg til politiet for å be om beskyttelse. Politiets fremste oppgave er å beskytte personer og verne mot det som truer den alminnelige tryggheten i samfunnet»⁵⁶

Dommen viser at det skal svært mye til for å godta innskrenking av ytringsfriheten til journalister, når informasjonen de sitter på har viktig allmenn interesse. Journalistikk som retter kritisk søkelys på offentlige organers virksomhet har meget stor offentlig interesse, og kan etter omstendighetene medføre store inngrep i andre rettigheter.

Tankegangen har overføringsverdi ovenfor opphavsretten. Der media ønsker å bruke ikke-publisert verk til å sette søkelys på kritikkverdige forhold i samfunnet, er det vanskelig å se for seg at dette skal hindres av opphavsmannens rett til å bestemme om verket skal offentliggjøres. Det økonomiske tapet ved slik bruk er ofte begrenset. Derfor er det bare det ideelle hensynet som eventuelt kan forsvare opphavsretten. I slike tilfeller må derfor samfunnets informasjonsnett veie tungt. I motsatt fall kan føre til at viktig dokumentasjon unndras fra allmennheten med begrunnelse i opphavsretten. I Brennpunkt-dommen gikk ytringsfriheten foran hensynet til kildens liv og helse. Det ville vært lite rimelig at opphavsretten skal ha mer vekt i en vurderingen mot ytringsfriheten.

⁵⁵ Dommens avsnitt 77

⁵⁶ Dommens avsnitt 80 og 83

4.4 Bruk av publiserte verk i strid med åvl.

4.4.1 Innledning

Opphavsmannen har etter åvl. § 2, første ledd «enerett til å råde over åndsverket». I dette ligger det en eksklusiv rett hos opphavsmannen til å bestemme over åndsverket også etter at verket er gjort allment tilgjengelig. Eneretten har to sider – én positiv og én negativ. Den negative siden gir opphavsmannen rett til å forby andre å benytte verket uten hans samtykke, mens den positive siden dekker den generelle råderetten.⁵⁷ Det kreves derfor samtykke fra opphavsmannen der andre ønsker å benytte seg av det offentliggjorte verket, utenfor de lovbestemte unntakene. I utgangspunktet kan det synes at dette ikke er et problem mot ytringsfriheten all den tid åndsverket allerede er tilgjengelig for offentligheten. Hvis noen ønsker å benytte seg av verket for å belyse noe av allmenn interesse, er det ikke urimelig å få samtykke fra opphavsmannen og eventuelt betale for den eventuelle bruken. I noen saker har det imidlertid blitt anført at bruken av åndsverket uten samtykke kan begrunnes i ytringsfriheten. Spørsmålet er om en slik påstand kan stå seg mot opphavsretten. Et par avgjørelser kan illustrere problemstillingen.

4.4.2 Rt.2004 s. 1457 Rød Ungdom

I saken hadde ungdomsorganisasjonen Rød Ungdom (RU) i sin helhet lagt ut 13 skolebøker for videregående skole på internett. Den norske Forleggerforenings (DnF) medlemmer hadde opphavsretten på bøkene. RUs begrunnelse for utleggingen av bøkene var deres oppfatning at prinsippbestemmelsen i opplæringsloven § 3-1 (9) 1. punktum ga rett på gratis lærebøker. RU hadde i forbindelse med aksjonen gitt klart uttrykk for at de visste at aksjonen var ulovlig, men mente likevel utleggingen var berettiget.

Retten ila RU, med dissens 3-2, foretaksstraff for brudd på åvl. § 54 første alternativ, bokstav a, jfr. § 2 andre ledd, jfr. tredje ledd, for handlingene. I sin begrunnelse fremholdt flertallet om ytringsfriheten:

I «Høyesterett har [man] av hensyn til ytringsfriheten og medienes arbeidsvilkår [fremholdt at man] bør være tilbakeholden med å bruke foretaksstraff overfor mediebedrifter. Etter min oppfatning er det av hensyn til den fri meningsutveksling og de politiske partienes betydning i et demokrati også grunn til å vise tilbakeholdenhet med å anvende foretaksstraff overfor politiske partier.»⁵⁸

Likevel mente flertallet at handlingene til RU kunne straffes. I vurderingen ble det særlig lagt vekt på organisasjonens faste og iherdige forsett og at «[d]en plass politiske organisasjoner

⁵⁷ Rognstad, *Op.cit.* s. 150
⁵⁸ Dommens avsnitt 22

har i et demokratisk samfunn, kan ikke begrunne at organisasjonen i slike tilfeller skal gå fri for strafferettslig forfølgning».⁵⁹

Mindretallet, på sin side, mente at foretaksstraff mot RU i dette tilfellet ikke kunne benyttes. Det ble fremhevet av terskelen for benyttelse av foretaksstraff var høyere der det er snakk om en organisasjon som er utøvere av ytringsfriheten. Om forholdet til RUs demokratiske funksjon uttalte de:

«Når vi beveger oss inn i en virksomhet som er blottet for økonomiske formål, til politiske partier eller ideelle organisasjoner, blir mothensynene [for foretaksstraff] desto sterkere. [...] Det representerer noe prinsipielt nytt å ilegge foretaksstraff i et slikt tilfelle - langt utenfor denne straffens kjerneområde. Og den som rammes, er en av vårt demokratis viktige aktører - en politisk ungdomsorganisasjon.»⁶⁰

Som uttalelsene fra flertallet og mindretallet viser, synes de å være uenige om ytringsfrihetens grenser der det er snakk om politiske ytringer. Flertallets votum la stor vekt på RUs klare forsett om å bryte loven, uten å nærmere diskutere hensikten med dette. Mindretallets votum synes å foreta en mer prinsipiell drøftelse om vernet av RUs ytringsfrihet som politisk organisasjon mot lovbruddet de gjorde.

Etter min vurdering har mindretallets votum mest for seg i denne saken. Bruddet på opphavsretten hadde i dette tilfellet kun den funksjon for RU at de ville få frem et politisk argument. Utleggingen av bøkene hadde ingen økonomisk hensikt for organisasjonen. Selv om publiseringen var klart i strid med opphavsretten, førte det ikke til spesielt store økonomiske tap for DnF. Selvfølgelig kunne aksjonen blitt gjennomført på en annen måte, uten å krenke opphavsretten, men aksjonen fremstod etter min mening som en god illustrasjon på et aktuelt lovproblem. At ytringen kan gjøres andre måter kan ikke være et selvstendig argument for å innskrenke ytringsfriheten. Siden ytreren i dette tilfellet var i kjernen av det ytringsfriheten skal verne, burde dette fått avgjørende vekt.

4.4.3 NJA1998.838 Mein Kampf-dommen

I den svenske Högsta Domstolen (HD) kom annen sak om publisering av bøker opp til behandling i 1998. Saken gjaldt et svensk forlag som hadde publisert Hitlers bok «Mein Kampf» i Sverige. Fristaten Bayern i Tyskland påberopte seg opphavsretten til boken, og mente at forlaget grovt uaktsomt brøt med svensk opphavsrett ved å utgi boken uten å sjekke opp rettighetene først. Forlaget anførte på sin side blant annet at et forbud mot publisering av boken i Sverige stred mot trykkefriheten. Forlaget fikk ikke medhold i saken.

HD behandlet først terskelen for å innskrenke opphavsretten på grunn av ytringsfrihetshensyn. Det ble fremhevet at en slik begrensning i utgangspunktet må ligge til lovgiver. På den andre side mente retten at det kan komme tilfeller der ytringsfrihetshensyn gjør seg så sterkt

⁵⁹ *Op.cit.*

⁶⁰ *Op.cit.* Avsnitt 35 og 36.

gjeldende at det er rimelig at domstolen frikjenner for inngrep i opphavsretten. Adgangen for domstolene til å sette opphavsretten til side var imidlertid etter HDs syn svært begrenset. De viste til en tidligere avgjørelse fra 1985 der retten mente at terskelen for hva som var akseptert

inngrep i opphavsretten, kunne sammenlignes med sider til straffefrihetsgrunnene i nødrettsbestemmelsen i den svenske straffeloven.⁶¹

I saken om publiseringen av «Mein Kampf» mente imidlertid HD at rettstilstanden hadde endret seg etter avgjørelsen fra 1985 og uttalte:

«Rättsläget kan i viss mån ha ändrats genom inkorporeringen i svensk rätt av Europakonventionen om mänskliga rättigheter. I konventionens artikel 10 tillerkänns envar rätt till yttrandefrihet, som emellertid får underkastas sådana inskränkningar eller straffpåföljder som är angivna i lag och i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till bl a annans rättigheter. Lagstöd kan härigenom finnas för att i vissa situationer tillerkänna yttrandefrihetsintresset försteg framför skyddet för upphovsrätten och då fria från ansvar för upphovsrättsintrång».

Likevel kunne ikke trykkefriheten til forlaget i dette tilfellet innskrenke opphavsretten til av «Mein Kampf». I sine premisser uttalte HD:

«Även om ett något ökat utrymme sålunda kan finnas för att låta intresset av yttrandefrihet få medföra att ansvar för upphovsrättsintrång inte skall ådömas, kan det dock inte anses att K-E.H. (forlaget, min bemerkning) på grund härav skall gå fri från ansvar för att ha gett ut Mein Kampf. Att det kan vara svårt att få tag i exemplar av detta verk av historiskt intresse är alltså inte, som K-E.H. hävdar, tillräckligt för att åtalet skall ogillas.»

HD mente altså at selv ytringsfriheten hadde fått videre vern kunne det ikke være tilstrekkelig at boken hadde historisk interesse som grunnlag for å begrense opphavsretten. Anførselen fra forlagets side om at boken kunne være vanskelig å få tak i, ga heller ikke grunn til at opphavsretten måtte vike. Etter HDs uttalelser kan det synes som at grensen for hvilke ytringer som kan begrense opphavsretten, ikke omfatter åndsverk som kun har historisk betydning. Etter en slik tolking har ikke denne type ytringer ikke være av tilstrekkelig allmenn interesse.

Uttalelsene har etter min mening overføringsverdi til norsk rett. På samme måte som i Sverige har implementeringen av EMK gitt ytringsfriheten en videre vern. Grensen for hva som kan begrunne en innskrenkning av opphavsretten må imidlertid ikke bli for vid. Det klare utgangspunkt er at de økonomiske og ideelle rettighetene ligger hos rettighetshaver. Kun unntaksvis vil andre hensyn kunne begrunne innskrenking av opphavsretten, dette må også gjelde ved konflikt mot ytringsfriheten. I Mein Kampf-saken ble ytringsfriheten først og fremst brukt som en unnskyldning for å benytte seg av et åndsverk uten å klarere rettighetene

⁶¹ NJA 1998:838

først. Siden ytreren var et forlag var det dessuten klare økonomiske hensikter bak bruken. Dette kan ikke være «necessary in a democratic society».

4.4.4 De Geïllustreerde Pers N.V mot Nederland⁶²

En siste avgjørelse som omhandler tema kommer fra den nå nedlagte Europakommisjonen. Avgjørelsen er gammel og har blitt kritisert i ettertid. Den er derfor antakelig ikke i tråd med gjeldene rett.⁶³ Likevel kan den illustrere et par poenger i denne sammenheng.

I saken hadde den statlig eide Nederlandske rikskringkasteren monopol på bruk av radio- og tv-programlistene deres. Selskapet Geïllustreerde Pers N.V ønsker å publisere listene i sitt ukeblad, men fikk ikke lov av det halvoffentlige selskapet som forvaltet opphavsrettighetene. De Geïllustreerde Pers N.V klagde til Europakommisjonen med begrunnelse i at avslaget fra rettighetshaveren stred mot EMK art. 10. Kommisjonen kom til at det ikke forelå en krenkelse av EMK art. 10.

Kommisjonen tok utgangspunkt i den listenes natur, og kom til at opphavsretten ikke begrenset ytringsfriheten i dette tilfellet. Etter kommisjonens syn var listen en samling av fakta, og rettigheten til å ytre disse fakta lå til dem som produserte dem, i dette tilfellet rikskringkasteren. Kommisjonen uttalte:

«The characteristic feature of such information is that it can only be produced and provided by the broadcasting organisations being charged with the production of the programmes themselves [...] The Commission considers that the freedom under Art. 10 to impart information of the kind described above is only granted to the person or body who produces, provides or organises it. In other words, the freedom to impart such information is limited to information produced, provided or organised by the person claiming that freedom being the author, the originator or otherwise the intellectual owner of the information concerned. It follows that any right which the applicant company itself may have under Art. 10 of the Convention has not been interfered with where it is prevented from publishing information not yet in its possession».

Uttalelsene har i teorien blitt tolket dithen at Kommisjonen mente at ytringsfriheten bare verner meddelelsesfriheten til *egne faktasamlinger*, ikke retten til å meddele andres informasjon.

Etter min oppfatning bygger Kommisjonen på en feil forståelse av innholdet av listene. Opphavsretten verner ikke rene idéer og faktaopplysninger. Slik jeg leser dommen var listene kun en samling av fakta som ikke kan anses å oppfylle dette kravet om verkshøyde. Det senere EU-innførte databasedirektivet og flere dommer fra EU-domstolen har senere fastslått

⁶² Europakommisjonens klagesak nr. 5178/71

⁶³ Hugenholtz, *op.cit*

at faktasamlinger ikke er opphavsrettslig vernet, så dommen har liten rettskildeverdi på dette området.⁶⁴

Kommisjonen uttalte også, i motsetning til HDs uttalelser i Mein Kampf-dommen, at siden det fantes praktiske alternative måter å skaffe seg informasjonen på, var ikke informasjonsfriheten truet. En slik forståelse fører i så fall til at all den tid opphavsretten vanskeliggjør informasjonsfriheten, er det adgang til å innskrenke opphavsretten. Hensynene bak opphavsretten tilsier at dette er en dårlig slutning. Som HD pekte på, kan argumentet om at det er vanskelig å få tak i verket på andre måter, ikke tjene som selvstendig grunnlag for innskrenking av opphavsretten. En slik forståelse vil føre til at vernet blir uthulet fordi den som ønsker å bruke et åndsverk bare kan anføre at det er vanskelig å få tak i informasjonen på andre måter. Teorien har imidlertid påpekt at muligheten for alternative måter å skaffe seg informasjon på har betydning som *en del* av argumentasjonen i en slik vurdering.⁶⁵ Denne argumentasjonen er jeg enig i.

4.5 Bruk av andres verk utover sitatregelen i åvl. § 22

4.5.1 Innledning

Åvl. § 22 er en bestemmelse som tilhører de såkalte fribruksreglene. Reglene gir andre mulighet til å sitere fra et åndsverk, uten vederlag, «i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger». Ordlyden viser at det er snakk om en regel som har som formål å gi andre adgang til å benytte seg av deler av et åndsverk som en del av den frie meningsutveksling, samtidig som opphavsmannens rettigheter blir ivaretatt. Grensen for slik bruk må bero på skjønn i den konkrete sak, med bakgrunn i opphavsrettens hensyn. I noen tilfeller er grensedragningen spesielt vanskelig, og det kan nærmest synes tilfeldig om man lander på riktig eller feil side av loven. I slike tilfeller kan det stilles spørsmål om det bør legges inn en form for skjønnsmargin i favør av ytringsfriheten, på samme måte som man har gjort med ærekrenkelser.⁶⁶

En dom fra Europakommisjonen, *France 2 mot Frankrike*, har behandlet den franske sitatretten mot ytringsfriheten. Også en norsk Høyesterettsdom, *Mauseith-dommen*, har behandlet sitatretten opp mot ytringsfriheten.

4.5.2 France 2 mot Frankrike⁶⁷

I *France 2 mot France* var saken at i forbindelse med en TV-sendt nyåpning av et restaurert teater i Paris, ble filmet og kringkastet et av teaterets fresker flere ganger over tilsammen en ca. 45 sekunders periode. Rettighetsorganisasjonen som forvaltet opphavsrettighetene mente

⁶⁴ Se for eks. EU-domstolen sak C-444/02, *Domstolen mot Hellas*

⁶⁵ Hugenholtz, *op.cit.*

⁶⁶ Som gjennomgått under punkt 1.2

⁶⁷ Europakommisjonens klagesak nr. 30262/96

at opphavsretten var krenket da dette ble vist på TV, og krevde kompensasjon. Den nasjonale domstolen mente at filmingen gikk utover sitatretten til TV-selskapet, og erstatning ble idømt.

TV-selskapet klaget til Kommisjonen med begrunnelse i at dommen stred med EMK art. 10. Kommisjonen stadfestet dommen, men holdt seg til en vurdering av vederlagskravet. Den prinsipielle vurdering av ytringsfriheten mot opphavsretten ble dermed ikke foretatt. Selv om Kommisjonen anerkjente at opphavsretten begrenser ytringsfriheten til en viss grad, og at rettighetene kan komme i konflikt med hverandre, mente de at det ikke lå til deres kompetanse å vurdere konflikten. Kommisjonen uttalte:

«it is normally not for the organs of the Convention to decide, in respect of Article 10 (2), possible conflicts between the right to communicate information freely, on the one hand, and the right of the authors of the works communicated, on the other hand.»

Slik uttalelsene kan fremstå, kan det tolkes som at Kommisjonen mente de ikke hadde kompetanse til å foreta en interesseavveining av ytringsfrihet og opphavsrett siden opphavsretten ikke har vern etter EMK. EMK art 10 (2) krever imidlertid kun at det aktuelle inngrepet «[is] prescribed by law», for at interesseavveiningen slår til, og ikke at den motstridene rettigheten må ha hjemmel i EMK. Denne forståelsen har også blitt fastsatt av EMD flere ganger. Vilåårene for interessevurderingen etter art. 10 (2) var derfor oppfylt. Det er derfor noe overraskende at kommisjonen likevel valgte å ikke behandle klagen på dette grunnlaget.

En annen måte å tolke Kommisjonens uttalelser på er at det er et stort rom for den enkelte stat å fastsette rekkevidden av sitatregelen mot ytringsfriheten. En slik forståelse er i så fall forenlig med prinsippet om statens skjønnsmargin i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK. Som et overnasjonalt organ har EMD innfortolket en slik skjønnsmargin for at medlemslandene kan kunne sikre menneskerettighetene med hensyn til kulturelle og sosiale forhold.⁶⁸ EMD har imidlertid fastslått at statens skjønnsmargin hva gjelder art. 10 i utgangspunktet «... must be strict, because of the importance of the rights in question».⁶⁹ Hvis Kommisjonen med uttalelsene mente at vurderingen av sitatretten lå innenfor statens skjønnsmargin i dette tilfellet, måtte de likefullt behandlet klagen etter EMK art. 10 (2). Avgjørelsen har derfor liten betydning i dag.

4.5.3 Mauseth-dommen⁷⁰

Saken omhandlet om rekkevidden av sitatretten ovenfor vernet til utøvende kunstnere etter åvl. § 42. NRK viste i forbindelse med et intervju av filmskaperne til filmen «Kill Buljo», et klipp fra filmen «Brent av frost», som inneholdt samleiescener mellom en kvinnelig og mannlig skuespiller. Klippet viste den kvinnelige skuespilleren naken forfra i to sekunder mer

⁶⁸ Eggen, *op.cit.* s 156

⁶⁹ Se for eksempel EMDs dom saksnr: 12726/87, *Autronic AG mot Sveits*.

⁷⁰ Rt. 2010 s. 366

enn scenen som ble parodiert. Spørsmålet som kom opp for retten var om dette var i strid med sitatretten. Høyesterett kom, med dissens 4-1, til at filmen gikk utover sitatretten i åvl. § 22.

Etter at flertallet kom til at de siste to sekundene som ble vist, var mer enn nødvendig for å ivareta formålet med sitatregelen, fremhevet de i sitt votum: «[D]et [kan] spørres om man bør anlegge en noe mer romslig vurdering. Det kan hevdes at samleiet og nakensscenen utgjorde en helhet, at nakensscenen bare varte i to sekunder, og at domstolene bør utvise forsiktighet med å overprøve redaksjonelle valg».

Imidlertid kom flertallet til:

«[H]er gikk man etter mitt skjønn for langt. Nakensscenen hadde som nevnt ingen parallell i parodien. Som det fremgikk av utsnittet som ble vist under ankeforhandlingen, inngikk riktignok samleiescenen og nakensscenen i en større sammenheng. Men etter mitt syn bidro ikke visningen av nakensscenen til noen økt forståelse av denne helheten - som utspant seg både før og etter de aktuelle scener. «Store Studio» var et underholdningsprogram, som på NRKs hjemmeside er beskrevet som et «talkshow med kveldsstemming, levende musikk og aktuelle gjester fra kulturlivet». Verken nakensscenen eller filmklippet for øvrig ble problematisert eller debattert i studio. Det kan ikke sees at de siste to sekundene hadde noen betydning verken for en videre diskusjon i samfunnet eller for å illustrere klippet fra «Kill Buljo»».

Mindretallets votum på sin side mente at domstolen, med støtte i forarbeidene, hadde en viss romslighet i fastleggelsen av hva som er lovlig sitat. Han fremhevet:

«Mitt utgangspunkt er etter dette at man bør være varsom med å benytte et for finmasket mål ved avgjørelsen av hva formålet betinger. Ved den konkrete bedømmelsen legger jeg vekt på at de to omtvistede sekundene etter min oppfatning fremstår som en del av samleiescenen og således inngår i en helhet. [...] Innslaget ble vist etter at filmskaperne av «Kill Buljo» var intervjuet om sin idé og de scener fra filmens verden som hadde inspirert dem til harselas. Sitatet var således plassert innenfor det jeg vil kalle en magasin-ramme. Selv om formålet med visningen først og fremst var å sette parodien i perspektiv til originalscenen i «Brent av frost», gjorde magasin-rammen at en del av sitatets kontekst lå tett opp mot filmomtale.»

I konteksten av magasin-rammen, mente mindretallet at klippet ikke var ulovlig i forhold til sitatretten. Etter min mening har mindretallets løsning mest for seg. Selv om sitatet inneholdt scener som var belastende for skuespillerinnen, hadde sitatet betydning for allmennheten i den konteksten det ble vist. Bruken av klippet hadde dessuten ingen økonomiske konsekvenser for rettighetshaveren. Jeg er også enig med mindretallet om at en bør være forsiktig med å benytte seg av en slik «millimeterpresisjon» når man vurderinger lovligheten av sitat, særlig der det økonomiske hensynet til rettighetshaveren har begrenset betydning. Klippet ble vist i forbindelse med en aktuell film, og NRK spekulerte etter min mening ikke i å vise mer enn nødvendig ved å ta med de to siste sekundene. En slik tolking vil dessuten være i samsvar

med den innfortolkede marginen i sannhetskravet ved ærekrenkende ytringer som EMD har fastslått.

4.6 Bruk av andres fotografi uten hjemmel i åvl. § 43a

4.6.1 Innledning

Fotografier som oppfyller kravene til verkshøyde etter åvl. § 2 samme vern som andre åndsverk. I tillegg har fotografiske bilder som *ikke* oppfyller verkshøydekravet opphavsvern etter åvl. § 43a. Uavhengig av hvilken bestemmelse som hjemler vernet til det aktuelle fotografiet, kan det oppstå konflikter knyttet til ytringsfriheten der noen bruker bildet uten samtykke og ikke betaler vederlag. To norske underrettsavgjørelser har behandlet temaet opp mot ytringsfriheten.

4.6.2 RG-2001-1151⁷¹

Et PR-byrå hadde brukt et bilde i forbindelse med en kampanje for en aksjon som skulle sette fokus på kirkens holdninger til homofili. Bildet, som i opprinnelig hadde blitt tatt i forbindelse med en avisartikkel hvor den planlagte kampanjen ble omtalt, viste den ansvarlige for kampanjen som holdt frem annonsen.

Etter at artikkelen kom på trykk, ble PR-byrået anonymt tilsendt det samme bildet revet ut av avisen med påskriften: «ALLE SER JO AT DU ER HOMOFIL. HELDIGVIS EN UTDØENDE RASE!!!».

PR-byrået bestemte seg for å bruke bildet til kampanjen som illustrasjon på enkeltes holdninger til homofili. Bildet ble denne gangen brukt uten samtykke fra fotografen.

PR-byrået anførte at bruken representerte en utøvelse av ytringsfriheten som måtte være et selvstendig grunnlag for begrensninger i fotografens opphavsrett. Videre ble begrunnet i at det var snakk om et fotografi uten kunstnerisk arbeidsinnsats fra fotografens side, noe som begrenset hans rettigheter på bildet. Vernet om ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøking og bildets verdi i homofilidebatten måtte derfor gå foran opphavsmannens enerettigheter.

Retten ga ikke PR-byrået medhold. De viste til at PR-byråets ytringsfrihet i en offentlig homofilidebatt ikke ble begrenset på grunn av fotografens opphavsrett. PR-byrået kunne benytte seg av andre virkemidler enn å bruke fotografiet uten tillatelse. At de selv syntes bildets uttrykk illustrerte debatten godt, var det ikke tilstrekkelig for å begrense opphavsretten. Det var heller ikke vanskelig for PR-byrået å skaffe samtykke fra fotografen.

⁷¹ RG-2001-1151 (Oslo byrett)

Retten presiserte også «at man i dette tilfellet står overfor en eksemplarframstilling i ervervsøyemed, selv om formålet med OPPROP '99 var ideelt.

Dommen kan tolkes som at kommersielle bedrifter nyter svakere vern av ytringsfriheten enn medias ytringsfrihet og politiske ytringer. Selv om hensikten med bruken er ideelt begrunnet, skal det mindre til for kommersielle aktører at bruken av åndsverket ulovlig krenker opphavsmannens rettigheter. At fotografiet ikke hadde kunstnerisk verdi har heller ikke vekt, siden dette ikke er relevant i sammenheng med fotografiets økonomiske verdi.

Jeg er enig i rettens argumentasjon. Kommersielle bedrifter er ikke i kjernen av det ytringsfriheten skal verne. Det skal derfor mer til før ulovlig bruk av åndsverk kan godtas med begrunnelse i ytringsfriheten. Det økonomiske hensynet bak opphavsretten må videre ha stor vekt begrensninger i opphavsretten mot ytringsfriheten, særlig i de tilfeller der dette er det sentrale hensynet for opphavsrettens vern. Opphavsmannens økonomiske vern må dessuten ikke være avhengig av verkets kunstneriske kvaliteter. Den økonomiske eneretten for rettighetshaveren er like viktig uavhengig av den kunstneriske innsatsen, og det vil både være urimelig og retts teknisk uheldig å sondre mellom høy og lav kvalitet på verket der det økonomiske hensynet slår til.

4.6.3 LG 2013-16862⁷²

I saken gikk de pårørende i en forsvinningssak til erstatningssak mot Bergensavisen (BA) fordi de gjentatte ganger hadde brukt bilder av den savnede i forbindelse med dekning av saken, uten familiens samtykke. Familien mente at bruken strid med åvl. § 43a, og begrunnet kravet i personvern hensyn. BA anførte på sin side at bestemmelsen først og fremst vernet om opphavsmannens økonomiske sider, og at hensynet til pressens ytringsfriheten derfor måtte gå foran fotografens opphavsrett i dette tilfellet. Dette begrunnet de med at avisens ytringer var vernet av EMK art. 10 og at pressen må gis romslighet i å vurdere sin bildebruk i slike saker. Personvern hensyn kunne ikke gå foran i dette tilfellet.

Retten frifant imidlertid avisen etter en utvidende tolking av ordlyden i § 27 der det tillates bruk av bilde «i forbindelse med etterlysning eller etterforskning», og ikke på grunnlag av åvl. § 43a. Rettens bemerkninger har likevel en viss verdi på i forhold til en vurdering av opphavsretten mot ytringsfriheten fordi det viser at det er rom for unntak i opphavsmannens enerettigheter. Da retten tok stilling til om eneretten etter § 43a var fullstendig eller om det kan gjøres unntak, bemerket de:

«Det står for lagmannsretten som åpenbart at det finnes unntak. En del av disse unntakene fremgår av selve loven, se særlig lovens kapittel 2. Åndsverkloven § 45c gir beskyttelse til den som er avbildet på et fotografi ved at vedkommende må samtykke til offentliggjøringen. Loven gjør ikke denne beskyttelsen fullstendig, men åpner for offentliggjøring også hvor den som er avbildet ikke samtykker. Dette til tross for at personvern hensynene åpenbart er sentrale i denne bestemmelsen. Noen tilsvarende

⁷² LG-2013-16862 (Gulating)

unntak finnes ikke i åndsverkloven § 43c, men det utelukker ikke at det også her må tolkes inn visse begrensninger i samtykkeretten. Når det finnes begrensninger i personvernet etter § 45c, taler det etter lagmannsrettens oppfatning for at personvernet etter lovens § 43c må forstås med visse begrensninger».

Som fremhevet mente retten at personvernet ikke på selvstendig grunnlag kunne begrense bruk av bildene uten opphavsmannens samtykke. Forsvinningen hadde hatt stor offentlig interesse og hadde blitt fulgt tett av avisen gjennom flere artikler. Gjennom artiklene satt avisen viktig søkelys på forsvinningssaken, som bidro med tips som resulterte i flere aksjoner. Bidraget artiklene hadde i etterforskningen veide derfor tyngre enn opphavsmannens personvern hensyn

Etter min mening viser dommen at det er rom for unntak også ved ulovlig bruk av bilde etter åvl. § 43a, hvis det er tilstrekkelig allmenn interesse. Selv om lagmannsretten ikke løste saken etter en selvstendig vurdering mot ytringsfriheten, gjør mange av de samme hensynene seg gjeldene. Slik jeg tolker dommen, mente retten at det ikke var nødvendig å begrunne et slikt unntak i EMK art. 10, siden en tolking av åvl. med ytringsfriheten som *tolkningsmoment* var tilstrekkelig. Pressen har derfor også et vidt vern ved bruk av bilder der det foreligger sterk allmenn interesse. I slike tilfeller veier opphavsmannens ideelle rettigheter lite.

5 Momenter i interesseavveiningen

5.1 Innledning

Det klare utgangspunktet er at opphavsretten i en konkrete sak vil begrense ytringsfriheten dersom dette er «necessary in a democratic society» etter EMK art. 10 (2). I de gjennomgåtte dommene er det etter min mening fem relevante momenter som går igjen. Disse er: (1) Graden av allmenn interesse, (2) ytringens art, (3) arten og graden av inngrepet mot opphavsmannen, (4) om det er kommersielle grunner for bruken av verket, og (5) verkets kunstneriske verdi.

5.2.1 Graden av allmenn interesse

Det først momentet man kan legge vekt på er ytrernes begrunnelse for bruken av det aktuelle verket. Momentet har særlig relevans opp mot graden av allmenn interesse bruken av verket har. Jo større allmenn interesse verket har, jo mindre skal til for at opphavsmannen må akseptere bruken.

Hvis bruken av et verk dokumenterer maktmisbruk eller illojale handlinger hos offentlige personer med maktposisjoner, veier dette etter min mening tungt i retning begrensinger i opphavsretten.

På den andre side må det mer til for at et verk har allmenn interesse der hensikten er å avdekke personlige forhold hos opphavsmannen. Der noen for eksempel ønsker å avsløre omstendigheter rundt en maktpersons privatliv, må det kreves stor grad av offentlig interesse for at ytringsfriheten skal gå foran. Der bruken av verket er *kun* er i underholdningsøyemed, har ikke bruken tilstrekkelig allmenn interesse.

5.2.2 Hvem er ytreren?

Det neste momentet man bør legge vekt på er hvem som er ytreren. Som flere dommer har vist har pressen et sterkt ytringsfrihetsvern. Dette begrunnes i pressens funksjon som folkets vokter i samfunnet. Videre burde politiske ytringer også ha et vidtrekkende vern. Politiske ytringer er sterkt forankret i demokratibegrunnelsen til ytringsfriheten, og opphavsretten må etter min mening i større grad vike til fordel for slike ytringer.

Ytringer fra kommersielle aktører har i motsatt ende et svakere ytringsfrihetsvern. I dommene der det er kommersielle som påberoper seg ytringsfriheten, fremkommer det at det skal mer til for å tillate begrensinger i opphavsretten.

5.2.3 Arten og graden av inngrepet mot opphavsmannen

Videre vil arten og graden av inngrepet ovenfor opphavsmannen ha betydning. Bruken av verket kan både ha konsekvenser for opphavsmannens økonomiske og ideelle rettigheter.

De økonomiske konsekvensene bruken av åndsverket har for opphavsmannen, har etter min mening stor betydning for om opphavsretten er «necessary in a democratic society». Dette begrunner jeg i utviklingen mot et mer økonomisk motivert opphavsrettsvern. Omfanget av de økonomiske konsekvensene har også betydning. Jo større tap for bruken av verket har, jo mer skal til for å tillate inngrep.

Når det gjelder hvor stor inngrep ytringen gjør i de ideelle sidene til opphavsmannens enerett, kan det tillegges noe mindre vekt. De ideelle sidene knytter seg først og fremst til respekt for opphavsmannens omdømme og personvern. Som jeg flere ganger har vært inne på, har det skjedd en endring i oppfattelsen av slike krenkelser, særlig i relasjon til ærekrenkende ytringer. Vurderingen av inngrepets grad i de ideelle rettighetene er derfor i stor grad sammenfallende med vurderingen man ville foretatt ved ærekrenkelser. Grensedragningen for hva som tillates av krenkelser bør av den grunn gjenspeile samfunnets til enhver tid oppfattelse av hvor grensen bør gå.

5.2.4 Er det kommersielle grunner bak publiseringen?

Et annet moment i vurderingen er om parten som påberoper seg ytringsfrihet som begrunnelse for bruk av et åndsverk har kommersielle hensikter. Dette momentet har tett tilknytning til graden av inngrepet ovenfor opphavsmannen. Der tapet til opphavsmannen er stort, er det presumtivt like mye for den andre parten å tjene på bruken. I de tilfeller ytringen fremstår som en illojal måte å benytte seg av verket på, er dette et tungveidende moment for at opphavsretten ikke skal begrenses

5.2.5 Verkets kunstneriske verdi

Det siste momentet som kan ha betydning i vurderingen mot ytringsfriheten, er om åndsverket som benyttes har sterk kunstnerisk verdi. I hvert fall der verket har svært lav kunstnerisk verdi, som et dokument eller et upersonlig brev, kan dette ha betydning i vurderingen, fordi begrunnelsen til opphavsretten er mindre fremtredende.

Momentet har imidlertid begrenset vekt. I prinsippet skal ikke den kunstneriske kvaliteten betinge opphavsrettens rekkevidde. Vernet skal gjelde uavhengig av om den kunstneriske innsatsen og kvaliteten på åndsverket er god eller dårlig. Innholdet i kvalitetsbegrepet er dessuten svært subjektivt, og vil forvanske vurderingen unødvendig mye.

6 Avslutning og konklusjon

Oppgavens formål har vært å se på tilfeller der opphavsretten og ytringsfrihetens som to motstridene rettigheter kommer i konflikt med hverandre, og vurdere om opphavsretten kan begrenses som til fordel for ytringsfriheten. Gjennomgangen viser at vurderingen er sammensatt og ikke kan avgjøres generelt, men er avhengig av en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Tendensen de siste årene mot et videre vern av ytringsfriheten, har imidlertid også betydning når det kommer til opphavsrettslige spørsmål. Dette gjelder særlig der bruken av verket kun krenker den ideelle siden av opphavsretten.

Litteraturliste

Lover:

Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov, Grl.

Lov 12. mai 1961 om opphavsrett til åndsverk m.v., åndsverksloven (åvl.)

Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, menneskerettsloven (mnskrl.)

Konvensjoner og direktiver:

Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 (EMK)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sosiale og sivile rettigheter (SP)

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk 9. september 1886 (Bernkonvensjonen)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

Direktiv 2001/29/EC, *om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet*, Europaparlamentets- og rådets direktiv, (InfoSoc-direktivet)

Forarbeider:

NOU 1999: 27, *”Ytringsfrihed bør finde Sted” Forslag til ny Grunnlov § 100*

NOU 2013: 2, *Hindre for digital verdiskapning*

Ot.prp.nr. 26 (1959-1960), *Om lov om opphavsrett til åndsverk*

Ot.prp. nr. 46 (2004-05), *Om endringer i åndsverkloven m.m.*

Norske rettsavgjørelser:

Høyesterett:

Rt. 1985 s. 883

Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus-kjennelsen)

Rt. 2003 s. 1190

Rt. 2004 s. 1457

Rt. 2007 s. 404

Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen)

Rt. 2010 s. 366 (Mauseth)

Underrettsavgjørelser:

RG-2001-1151 (Oslo byrett)

TOSLO-2008-108668 (Oslo tingrett)

LG-2013-16862 (Gulating)

Utenlandske rettsavgjørelser:

Sverige:

NJA1998 s. 838 = NIR 1999 s. 427 (Mein Kampf)

EMD:

Sak nummer 6538/74, *Sunday Times mot Storbritannia*

Sak nummer 12726/87, *Autronic AG mot Sveits*

Sak nummer 21980/93, *Bladet Tromsø og Stenaas mot Norge*

Sak nummer 23118/93, *Nilsen og Johnsen mot Norge*

Sak nummer 26132/95, *Bergens Tidene og andre mot Norge*

Sak nummer 29183/95, *Fressoz og Roire mot Frankrike*

Sak nummer 36769/08, *Ashby Donald og andre mot Frankrike*

Europakommisjonens avgjørelser:

Sak nummer 5178/71, *De Geïllustreerde Pers N.V mot Nederland*

Sak nummer 30262/96, *France 2 mot Frankrike*

EU-domstolen:

Sak nummer C-444/02, *Domstolen mot Hellas*

Teoretiske fremstillinger og artikler:

Eggen, Kyrre, *Ytringsfrihet* (Oslo 2002)

Hugenholtz, P. Bernt, *Copyright and freedom of expression in Europe*, (Amsterdam 2000)

Lublin, David Francis og Kaas, Peter, *Ophavsrettens demokratiske paradoks*, (København 2009)

Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett* (Oslo 2009)

Internettkilder:

<http://echrblog.blogspot.no/2013/01/copyright-vs-freedom-of-expression.html> (sist besøkt 28.05.2014)